

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Sexta Câmara Cível

Apelação Cível nº 0320280-62.2010.8.19.0001

Apelante 1: Sociedade Comercial e Importadora Hermes S/A em Recuperação Judicial

Advogada: Doutora Priscila Mathias De Moraes Fichtner

Apelante 2: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Apelado: os Mesmos

Revisor: Desembargador Nagib Slaibi

ACÓRDÃO

Direito Coletivo. Ação Civil Pública. Consumidor. Violação ao direito dos consumidores.

Descumprimento de prazo estabelecido para entrega de produtos. Divulgação no site de produtos indisponíveis. Propaganda enganosa. Sentença de parcial procedência.

Primeira apelação. Legitimidade do Ministério Público. Conduta da empresa que se mostra extremamente lesiva à coletividade. Aplicação do art. 129, III, da Constituição Federal. Ausência de julgamento extra petita. Correlação entre o pedido autoral e a sentença.

Fixação de multa de R\$562.000,00 (quinhentos e sessenta e dois mil reais) por descumprimento da decisão judicial. Voto pelo provimento parcial do recurso para reduzir a multa pela metade. Ressalva do voto deste Relator que negava provimento ao recurso, por entender que a multa era razoável e proporcional ao caso, considerando o grande porte da empresa ré, o tempo de descumprimento e o descaso na solução dos problemas relatados.

Efeitos da sentença que devem abranger todo o território nacional, eis que a conduta da empresa ré gera dano nacional aos direitos e interesses coletivos dos consumidores.

Segunda apelação. Dano moral coletivo. Lesão aos direitos da personalidade, que pode ser causada coletivamente a um grupo e deverá ser ressarcida também de forma coletiva. Razoável a fixação da reparação de danos morais em R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), pelos constrangimentos gerados aos consumidores que acreditaram na prestação do serviço, pelo caráter punitivo-pedagógico e por estar a empresa em liquidação extrajudicial.

Por maioria rejeitou-se a preliminar e deu-se parcial provimento ao primeiro e ao segundo recursos.

A C O R D A M os Desembargadores da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por maioria, em rejeitar a preliminar de julgamento *extra petita*, vencida a Vogal que acolhia a preliminar; por maioria, em prover parcialmente o primeiro recurso, para reduzir a multa pela metade, vencido o Relator que negava provimento ao mesmo; e por maioria, em dar parcial provimento segundo recurso, para arbitrar dano moral, vencido o Revisor, que negava provimento ao mesmo. O acórdão será lavrado pelo Relator e os demais Desembargadores farão declaração de voto.

Integra-se ao presente, como relatório e voto os doutos pareceres ministeriais (fls.2.857/2871 e fls. 2.898/2.901), de lavra do culto e diligente Procurador de Justiça Doutor Marlon Oberst Cordovil, por força do permissivo constante do art. 92, § 4º do Regimento Interno deste Tribunal.

Debate-se nesta demanda sobre a violação ao direito dos consumidores que compraram produtos no mercado varejista on-line da ré.

O Ministério Público ajuizou ação civil pública, com base no inquérito civil nº 063/2009, alegando, em síntese, que a empresa ré, cujo objeto social é comercializar produtos no mercado varejista *on line*, vem desrespeitando incessantemente as regras contratuais, uma vez que não cumpre com os prazos previamente estipulados para a entrega dos bens, não utiliza os preços determinados em anúncios, não presta serviços com segurança para os

consumidores, que recebem produtos danificados e vende produtos que não possui no estoque.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido para:

a) Condenar a empresa ré a inserir em seus contratos de compra e venda: a) cláusula que preveja data certa para entrega dos produtos adquiridos, com a identificação precisa dos termos inicial e final de fluência do prazo; b) cláusula que preveja a incidência de multa moratória, no importe equivalente a 2% do produto adquirido, em caso de atraso na entrega da mercadoria; c) cláusula sobre o prazo para devolução dos valores pagos pelos consumidores, na hipótese de exercício do direito de arrependimento, identificando, de forma precisa os termos inicial e final de fluência do prazo; d) cláusula que estipule multa moratória no montante equivalente a 2% do valor do produto, a título de atraso na restituição da quantia desembolsada, quando houver arrependimento do consumidor. Tais providências deverão ser adotadas no prazo máximo de 30 dias, sob pena da imposição de multa diária no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) pelo descumprimento da obrigação de fazer;

b) Condenar a ré a promover a reparação de eventuais os danos materiais experimentados pelos consumidores que necessitem para sua exata quantificação, da comprovação do prejuízo experimentado, devendo ser feito através da competente liquidação de sentença, momento no qual, comparecerão os consumidores lesados buscando, caso a caso, o ressarcimento de seus prejuízos, provando o fato gerador de seu direito.

c) A aplicação de multa de R\$562.000,00 (quinhentos e sessenta e dois mil reais), pelo descumprimento da decisão liminar, valor este que deverá ser pago no prazo de 15 (quinze) dias a contar da intimação da parte ré quanto aos termos desta sentença. Esclareça, ainda, que em respeito à facilitação do acesso à justiça, as execuções individuais poderão ser ajuizadas na Comarca do domicílio de cada

autor, bastando, para tanto, a juntada de cópia da presente decisão, conforme a posição jurisprudencial retratada no aresto Resp. 1243887 e 1247150.

Por fim, considerando que o autor sucumbiu em parte mínima do pedido condeno a ré ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios que ora arbitro 10% (dez) por cento do valor atribuído à causa, com apoio no § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil, em favor do Fundo Especial do Ministério Público.

O apelante alega que houve cerceamento de defesa pelo indeferimento das provas requeridas e no mérito pela improcedência do pedido ou alternativamente que seja afastada a fixação da multa e dos honorários advocatícios.

Primeiramente, analisando o agravo retido, verifica-se que o mesmo não deve ser provido.

O Ministério Público possui legitimidade ativa para a propositura da referida ação civil pública, pois foi demonstrado que a apelante tem violado os interesses sociais e individuais indisponíveis dos seus consumidores.

Aplica-se ao caso o disposto no art. 127, *caput* e art. 129, III da Constituição Federal, pois a conduta da apelante de realizar propaganda enganosa, tem o potencial de lesar uma quantidade indeterminável de consumidores que serão atraídos pelos anúncios caluniosos e sofrerão prejuízos econômicos certos.

Desta forma, não resta qualquer dúvida quanto à legitimidade ativa do Ministério Público na defesa dos consumidores da apelante.

No tocante ao cerceamento de defesa, verifica-se que tanto a inspeção, como a prova oral ou a perícia de informática, não se revelam provas hábeis a elidir toda a documentação juntada aos autos, no tocante ao descumprimento contratual reiterado da ré.

Conforme o art. 420, parágrafo único, I e II do CPC, o juiz indeferirá a perícia se ela for desnecessária, em vista de outras provas produzidas, ou

quando a demonstração dos fatos relacionados à causa não dependerem de conhecimento especial de técnico, sendo este o caso.

Assim, o agravo retido deve ser desprovido.

No mérito melhor sorte não assiste ao primeiro apelante.

Não há que se falar em julgamento *extra petita*, uma vez que a pretensão do Ministério Público deduzida na presente ação civil pública era obrigar a primeira apelante a cumprir o prazo estipulado para a entrega de seus produtos, abstendo-se de divulgar em seu sítio eletrônico produtos que não estejam em estoque, bem como a realizar um serviço de pós venda mais eficaz e veloz ao consumidor, e a sentença não excedeu este pedido.

Quanto ao mérito, foi apurado em inquérito civil previamente instaurado, diversas irregularidades através de milhares de reclamações recebidas e juntadas ao longo do processo, de consumidores lesados pela má prestação do serviço atinentes à venda de produtos indisponíveis em estoque e pelo descumprimento do prazo de entrega de produtos adquiridos no sítio eletrônico da apelante.

Ficou comprovado nestes autos, mediante a juntada de documentos que a prática adotada pela ré viola as normas de proteção ao consumidor, uma vez que o primeiro Apelante não teve o cuidado de prevenir, nem de reparar os diversos danos causados.

A conduta da empresa viola diversos princípios previsto no art. 6º da Lei nº 8.078/90, destacando-se o princípio da proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, da efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, e da adequada e eficaz prestação de serviços públicos.

O art. 4º da Lei Consumerista estipula que a Política Nacional das Relações de Consumo deve atender aos princípios da boa-fé e do equilíbrio das relações de consumo.

A conduta de não entregar as mercadorias pontualmente ou de fornecer um produto previamente indisponível em estoque traz insegurança às relações consumeristas.

Houve desrespeito e descaso com os problemas apresentados, mesmo após o inquérito civil.

Logo, deve indenizá-los por essas perdas e, ao mesmo tempo, modificar sua conduta ilícita para que futuros consumidores não sejam lesados.

No tocante à aplicação da multa, este Relator ficou vencido, por negar provimento total ao recurso da Sociedade Hermes, no entanto, a maioria votou pelo provimento parcial do primeiro recurso para que a multa fosse reduzida pela metade.

Votou este Relator pelo desprovimento do primeiro recurso ao fundamento de que a multa imposta foi proporcional, considerando que foi aplicada ante a insistência e o desrespeito da empresa em descumprir a liminar deferida, tendo sido reduzida ao patamar de 10% (dez por cento) do valor originariamente fixado.

A condenação ao pagamento dos ônus sucumbenciais foi bem posta, sendo possível a condenação do vencido, ressalvado o disposto no art. 18 da Lei nº 7.347/85.

Neste sentido o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONDENÇÃO DOS RÉUS EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE. CONVERSÃO DOS VALORES EM FAVOR DO ENTE FEDERATIVO CORRESPONDENTE. 1. Em ação civil pública, quando o Ministério Público é vencedor, cabe condenar a parte vencida em honorários advocatícios, verba que seria recolhida aos cofres do Estado, do Distrito Federal ou da União, conforme o caso. 2. O art. 4º do Decreto Estadual n. 2.666/2004 prevê que os honorários advocatícios devidos pela parte vencida, em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, constituirão o Fundo de Reconstituição de Bens Lesados de que trata o art. 13 da Lei n. 7.347/85. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 962530 SC 2007/0140120-9, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de

Julgamento: 17/02/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 24/03/2009)

A sentença deve produzir seus efeitos em todo o território nacional, pois a conduta da empresa ré gerou um dano nacional aos direitos e aos interesses coletivos dos consumidores.

Vale destacar trecho do duto parecer ministerial de fls. 2857/2871, como fundamento:

Constata-se que, consoante o disposto no art. 93, i II, do CDC, ajuizou o Ministério Público devidamente a ação coletiva que envolve dano de âmbito nacional no foro da Capital do Estado e, em se tratando de tutela de direitos coletivos e individuais homogêneos não deve ser aplicado o art. 16 da Lei Federal 7347/85.

Cabe trazer à baila, em relação ao malfadado art. 16 da Lei Federal 7347/85, o entendimento doutrinário de que a restrição da eficácia subjetiva da coisa julgada em ação coletiva seria inconstitucional, na esteira de raciocínio perfilhada pelos ilustres processualistas Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. 1 :

"A RESTRIÇÃO TERRITORIAL DA EFICÁCIA DAS DECISÕES EM AÇÃO COLETIVA: O ART. 16 DA LEI FEDERAL Nº 7347/85 (LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA) E O ART. 2º DA LEI FEDERAL Nº 9494/97 O Art. 16, Lei Federal nº 7347/85, e o art. 2º-A, Lei Federal nº 9494/97, visam restringir a eficácia subjetiva da coisa julgada em ação coletiva, impondo uma limitação territorial a essa eficácia, restrita ao âmbito da jurisdição do órgão prolator da decisão. Eis os seus textos:

"Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Art. 2o-A A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na

data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.”

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

Os dispositivos normativos invocados, que limitam territorialmente a eficácia subjetiva da decisão coletiva, são inconstitucionais e ineficazes.

(...)

1 FREDIE DIDIER JR. e HERMES ZANETI JR. Curso de Direito Processual Civil. Volume 4, 5ª edição, Editora Jus Podium, p. 143 e 144, 2010.

Os dispositivos são irrazoáveis, pois impõem exigências absurdas, bem como permitem o ajuizamento simultâneo de tantas ações civis públicas quantas sejam as unidades territoriais em que se divida a respectiva Justiça, mesmo que sejam demandas iguais, envolvendo sujeitos em igualdade de condições, com a possibilidade teórica de decisões diferentes e até conflitantes em cada um delas. (...) A limitação da competência (rectius: jurisdição) não deve subsistir frente aos princípios mais simples referentes à ação coletiva, tais como o tratamento molecular do litígio e a indivisibilidade do bem tutelado.” (Grifamos).

Dessa forma, pela estapafúrdia jurídica trazida pelo artigo em comento, e almejada pela empresa ré, ou seja, proteger os consumidores apenas do Estado do Rio de Janeiro e deixar à própria Corte os outros contratantes dos outros Estados da Federação, deve a tese ser completamente rechaçada.

A sentença foi omissa quanto à apreciação do pedido de fixação da reparação do dano moral coletivo.

Verifica-se que nesta demanda não se perquire o prejuízo individual, não havendo necessidade de provar prejuízo concreto para um consumidor individualmente considerado, devendo os prejuízos individuais serem apurados na fase própria, com a habilitação dos lesados.

O dano moral, que se opõe ao prejuízo material e decorre da lesão aos direitos da personalidade, podendo ser causado coletivamente a um grupo e deverá ser ressarcido também de forma coletiva.

Vale destacar mais uma vez trecho do duto parecer ministerial, sobre o tema:

Sobre sua ressarcibilidade na via da ação civil pública, vale citar a lição de Hugo Nigro Mazzilli, festejado estudioso do tema da tutela coletiva, verbis:

"Diante, porém, das inevitáveis discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre se a ação civil pública da Lei n. 7.347/85 alcançaria ou não os danos morais, o legislador resolveu explicitar a mens legis. A Lei n. 8.884/94 introduziu uma alteração na LACP segundo a qual passou a ficar expresso que a ação civil pública objetiva a responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a qualquer dos valores transindividuais de que cuida a lei." (A defesa dos interesses difusos em juízo. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 131/132).

Com efeito, o art. 1º. da Lei n. 7.347/85 definiu o objeto da ação civil pública como de "responsabilidade por danos morais e patrimoniais". No tocante aos interesses tuteláveis coletivamente, o autor ideológico pode pretender obter o ressarcimento por danos morais.

A titularidade da pretensão ressarcitória é coletiva precisamente porque o bem lesado possui esta natureza. O dano coletivo estará caracterizado sempre que houver lesão a bem jurídico protegido, de que sejam titulares os membros de uma coletividade ou a própria coletividade.

Note-se que a ressarcibilidade do dano moral coletivo prescinde da invocação de seu "caráter punitivo pedagógico", pois, além de ser tal finalidade desnecessária à caracterização do dano, enseja outras

objeções, tendo em vista que o ordenamento brasileiro não acolhe esta dimensão da responsabilidade civil.

Neste sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL - DANO MORAL COLETIVO - CABIMENTO - ARTIGO 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - REQUISITOS - RAZOÁVEL SIGNIFICÂNCIA E REPULSA SOCIAL - OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - CONSUMIDORES COM DIFICULDADE DE LOCOMOÇÃO - EXIGÊNCIA DE SUBIR LANCES DE ESCADAS PARA ATENDIMENTO - MEDIDA DESPROPORCIONAL E DESGASTANTE - INDENIZAÇÃO - FIXAÇÃO PROPORCIONAL - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I - A dicção do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente. II - Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie. III - Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores. IV - Indenização moral coletiva fixada de forma proporcional e razoável ao dano, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). V - Impõe-se reconhecer que não se admite recurso especial pela alínea "c" quando ausente a demonstração, pelo recorrente, das circunstâncias que identifiquem

os casos confrontados. VI - Recurso especial improvido.” (STJ Turma, REsp 1221756 / RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe 10/02/2012)(gn).

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL COLETIVA. INTERRUÇÃO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NEXO DE CAUSALIDADE. SÚMULA 7/STJ. DANO MORAL COLETIVO. DEVER DE INDENIZAR. 1. Cuida-se de Recursos Especiais que debatem, no essencial, a legitimação para agir do Ministério Público na hipótese de interesse individual homogêneo e a caracterização de danos patrimoniais e morais coletivos, decorrentes de frequentes interrupções no fornecimento de energia no Município de Senador Firmino, culminando com a falta de eletricidade nos dias 31 de maio, 1º e 2 de junho de 2002. Esse evento causou, entre outros prejuízos materiais e morais, perecimento de gêneros alimentícios nos estabelecimentos comerciais e nas residências; danificação de equipamentos elétricos; suspensão do atendimento no hospital municipal; cancelamento de festa junina; risco de fuga dos presos da cadeia local; e sentimento de impotência diante de fornecedor que presta com exclusividade serviço considerado essencial. 2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 3. O Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar em defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores. Precedentes do STJ. 4. A apuração da responsabilidade da empresa foi definida com base na prova dos autos. Incide, in casu, o óbice da Súmula 7/STJ. 5. O dano moral coletivo atinge interesse não patrimonial de classe específica ou não de pessoas, uma afronta ao sentimento geral dos titulares da relação jurídica-base. 6. O acórdão estabeleceu, à

luz da prova dos autos, que a interrupção no fornecimento de energia elétrica, em virtude da precária qualidade da prestação do serviço, tem o condão de afetar o patrimônio moral da comunidade. Fixado o cabimento do dano moral coletivo, a revisão da prova da sua efetivação no caso concreto e da quantificação esbarra na Súmula 7/STJ. 7. O cotejo do conteúdo do acórdão com as disposições do CDC remete à sistemática padrão de condenação genérica e liquidação dos danos de todos os municípios que se habilitarem para tanto, sem limitação àqueles que apresentaram elementos de prova nesta demanda (Boletim de Ocorrência). Não há, pois, omissão a sanar. 8. Recursos Especiais não providos.” (STJ – 2ª Turma, REsp 1197654 / MG, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 08/03/2012) (gn).

Assim, razoável a fixação da reparação de danos morais em R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), pelos constrangimentos gerados aos consumidores que acreditaram no serviço, pelo caráter punitivo-pedagógico e por estar a empresa em liquidação extrajudicial.

Ante tais considerações, por maioria, o voto é no sentido de rejeitar as preliminares, especificamente a de julgamento extra petita e dar parcial provimento ao primeiro recurso, para que a multa seja reduzida pela metade, com a ressalva feita neste voto do entendimento deste relator, pelo desprovimento do recurso, e dar parcial provimento ao segundo recurso, para fixar danos morais em R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), com juros e correção monetária a partir deste acórdão.

Rio de Janeiro, 25 de novembro de 2015.

Desembargador Nagib Slaibi

Relator